CORPS CERTAIN ET CHOSE DE GENRE DANS L'OBLIGATION EN DROIT MUSULMAN

Les notions de " corps certain " et de " chose de genre ", qu'accueillent les droits occidentaux contemporains dans leur doctrine de l'obligation, n'étaient pas étrangères à la pensée juridique de l'antiquité, romaine ou orientale. Il n'est pas surprenant qu'elles aient leur place dans le droit musulman ; cette place est même très importante, plus qu'il n'y paraît peut-être à première vue. La présente étude s'attachera principalement à souligner des points spécifiques, à mettre l'accent sur des aspects typiques de l'édifice construit par les docteurs.

Pour commencer, une question de vocabulaire, qui fera notamment soupçonner dès l'abord combien délicate est la lecture de certains textes, combien prudente doit être bien souvent, par rapport à nos habitudes de langage, l'interprétation des expressions et des concepts.

Le vieux substantif sémitique *'ain*, proprement " œil ", a en arabe une série de sens dérivés : parmi eux, celui de l'individualité, de l'identité, de l'ipséité de la personne ou de la chose. *Šai' bi-'ainih* est la chose elle-même, *res ipsa*, à titre expressément individuel, excluant toute chose semblable ou de même catégorie. Dans le culte, *farḍ 'ain* est une obligation individuelle, par opposition à l'obligation communautaire. *'Ain* (pl. *a'yān*) connotera donc naturellement l'objet individualisé sur lequel s'exerce la propriété ; et, en matière d'obligation

juridique, il correspond à ce que nous nommons " corps certain ". Mais il convient de ne pas trébucher, dans les textes de droit, sur une acception voisine, distincte cependant : *'ain* peut en effet vouloir dire la chose elle-même, non pour l'opposer à un autre objet, mais pour la dissocier de ses avantages ou utilités, en arabe *manāfi'*. Notons aussi que, dans des textes de même nature, *'ain* s'emploie de temps à autre pour rendre l'idée de " monnaie ", voire d'" argent comptant " ; le contexte en décide, mais il faut d'autant plus y prendre garde que justement la monnaie — nous y reviendrons tout à l'heure — n'est pas considérée d'ordinaire comme corps certain.

En face de *'ain* " corps certain ", la " chose de genre " s'exprime de diverses manières. Il n'est pas recouru habituellement dans ce sens au mot même de " genre " *(jins)*, pour la raison sans doute que le genre ne définirait pas suffisamment, suivant les exigences du droit musulman, la chose que l'on veut ainsi désigner. Mais il est fait appel couramment au terme de *miṯl* (pl. *amṯāl*), qui connote l'" équivalent exact ", pour rendre l'idée qu'à la chose considérée une autre de même nature et en tous points semblable peut être régulièrement substituée ; tel est essentiellement le " bien fongible " ; le droit musulman le conçoit — et cela se retrouve dans d'autres droits, anciens ou modernes — comme se déterminant fondamentalement au nombre, à la mesure (du moins à la mesure de capacité) ou au poids. Ce qui, par contre, n'a point d'équivalent véritable *(mā lā miṯl lah)* ne saurait être qu'individuel, *'ain*.

Plus précisément, plus techniquement peut-être, la " chose de genre " se dit, dans la plupart des traités classiques, *šai'* (ou *mā*) *fī ḏ-ḏimma*. Or la *ḏimma* est la " responsabilité de la personne ", la " personne en tant que sujet de droit ". L'expression mérite qu'on s'y arrête puisqu'elle se trouve opposer assez curieusement — et ce peut être significatif — à la chose individuelle, non point la chose définie en tant qu'élément d'une classe homogène, mais la chose en tant que liée, subordonnée à la personne juridique. De l'objectif on semble passer au subjectif.

Ce décalage est également sensible avec un autre vocable bien connu : *dain*. Il exprime couramment en arabe, chez les

juristes aussi bien que dans le Coran et dans le langage ordinaire, la " dette " ou " créance ". Mais il lui arrive aussi, chez les grands ḥanafites classiques notamment, d'être pris dans le sens de " chose de genre ", opposée à *'ain*. Cet emploi, ici encore, semble mettre l'accent sur l'engagement de la personne plus que sur l'objet.

C'est bien de surcroît une constatation analogue qu'il y a lieu de faire à propos d'un autre terme juridique, dont l'usage spécialisé, chez certains auteurs, pourrait induire en erreur. Le verbe *ḍamina* (part. passif *maḍmūn*), qui signifie normalement " être responsable de, garantir personnellement ", est à prendre parfois dans le sens restreint d'une garantie quant au genre, à l'exclusion d'une garantie de corps certain. Voilà de nouveau la " chose de genre " liée à la personne, et impliquée dans l'engagement de celle-ci.

On observa, au surplus, combien de pareilles façons de dire introduisent dans la pensée, obscurément ou plus nettement suivant les cas, une idée de temporalité. Dans cette terminologie, en effet, chose de genre et dette de genre risquent de se confondre, contrastant avec la prestation concrète, immédiate, d'un corps certain. D'où la surprenante, tantôt gênante tantôt secourable, ambiguïté d'une locution comme *dain bi-dain*. D'où aussi le sens donné d'ordinaire à l'expression anciennement attestée *'ain bi-'ain:* échange *immédiat* de prestations. Nous avons vu, d'autre part, que *'ain*, " monnaie ", peut s'appliquer spécialement à l'argent comptant.

La variabilité d'emploi suivant les écoles ou les auteurs s'illustre bien dans la comparaison de deux passages, au début du *Livre des Ventes* de deux ouvrages juridiques du XIIe siècle, dont l'un est dû à l'important juriste ḥanafite al-Kāsānī, l'autre à l'illustre philosophe et juriste mālikite Averroès. Pour le premier, la " vente " (vente au sens large de prestations bilatérales) est de quatre sortes :

'ain bi-'ain : marchandise contre marchandise, c'est-à-dire troc,

'ain bi-dain: marchandise contre monnaie ou contre fongible,

dain bi-ʿain : vente à livrer [d'une chose de genre],
dain bi-dain: change monétaire. (1)

Averroès, dans sa *Bidāya*, expose que toute transaction entre deux personnes peut en fait s'opérer soit *ʿain* contre *ʿain*, soit *ʿain* contre *šai' fī d̲-d̲imma*, soit *šai' fī d̲-d̲imma* contre *šai' fī d̲-d̲imma;* et, chaque fois, soit à terme *(nasī'a)* pour les deux prestations, soit dans l'immédiat *(nājiz)* pour l'une et l'autre, soit à terme pour l'une et dans l'immédiat pour l'autre. Cela fait au total, constate-t-il, neuf sortes *(anwāʿ)* ou figures d'achat-vente ; mais il se hâte d'ajouter que les docteurs musulmans sont unanimes à condamner les opérations à terme sur les deux prestations à la fois : ce serait un *dain bi-dain*, donc illicite, *dain* étant pris ici dans son sens d'engagement à terme, qui est le plus courant. (2) Cette classification averroïste, même si on la juge un peu trop rationalisante, est significative du désir d'éviter la confusion que la temporalité risque d'introduire dans les notions de *ʿain* et de *fī d̲-d̲imma.*

Une solution de droit, qui marque une nette différence selon que l'obligation d'origine porte sur un fongible ou un non-fongible, a retenti aussi sur la terminologie, sinon dès les premiers temps, du moins à date plus tardive, au cours du développement de la doctrine. Le fongible, qui par définition possède un semblable *(mit̲l)* apte à le remplacer, sera qualifié aisément de *mit̲lī*, tandis que le non-fongible objet d'une obligation sera appelé *qīmī* ou *muqawwam* parce qu'en cas de disparition physique ou juridique il doit être remplacé, non par un semblable qui n'existe pas ou est censé ne pas exister, mais par sa " valeur " *(qīma).*

Revenons maintenant à notre *ʿain* ou corps certain. Il n'est pas toujours facile de délimiter ce qui l'est par nature et ce qui ne l'est pas. Les immeubles le sont assurément. Quant aux biens mobiliers, outre les non-fongibles manifestes (en vertu de

(1) Al-Kāsānī, *Badā'iʿ*, éd. Caire 1327-28 h., t. V, p. 134 ; voir aussi t. V, pp. 237-8. — Indiquons d'entrée que, pour alléger l'annotation du présent travail, un certain nombre de références ont été omises volontairement.

(2) Averroès, *Bidāya*, éd. Caire 1353-54 h., t. II, pp. 124-5. La traduction Laïmèche, *Livre des Échanges*, Alger, 1940, pp. 8-9, est à réviser.

la définition des fongibles donnée ci-dessus), des flottements ou divergences sont possibles, notamment pour certains de ceux qui se nombrent, mais qui paraissent conserver d'ordinaire une suffisante individualité : ainsi en est-il des esclaves, des animaux, des vêtements, traités le plus souvent comme *'ain*.

La question se complique encore du fait que la chose de genre est plus d'une fois susceptible d'" individualisation ". Il est ainsi possible de préciser : *cette* jarre d'huile, *cette* mesure de blé, une mesure de *ce* blé-*ci*. Il arrive également que l'objet " s'individualise ", aux yeux de certains docteurs, du fait de tel ou tel acte juridique, par exemple la prise de possession *(qabḍ)*. En ces individualisations exprimées ou implicites consistent le *ta'yīn* et le *ta'ayyun*.

Un cas spécial et remarquable est celui qui concerne les monnaies. Comme nous en avons traité à date récente ([1]), nous ne ferons que l'effleurer ici. Rappelons donc très sommairement qu'à la conclusion de contrats synallagmatiques les monnaies ne sont pas susceptibles d'individualisation d'après les ḥanafites, tandis qu'elles le sont dans les autres écoles sunnites, sauf une réserve de principe chez les mālikites. A défaut de *ta'yīn* formel lors de la conclusion de l'acte, la monnaie s'individualise par la prise de possession, enseignent nombre de juristes, ḥanafites compris.

Nous voici parvenus insensiblement, à partir de définitions de termes et de notions, aux prémices de la réglementation juridique. C'est celle-ci dans sa mise en œuvre — portant d'ailleurs essentiellement sur des opérations mobilières — qui va nous occuper désormais.

*
* *

Sur la matière de la vente *(bai'*, pl. *buyū')* en droit musulman, il convient sans doute de mettre en exergue cette règle générale que le transfert de propriété d'un bien mobilier par cette voie est effectué par le contrat même *('aqd)* pour un corps certain, mais ne s'opère pleinement que par la prise de possession *(qabḍ)* pour une chose de genre, y compris la monnaie.

(1) Dans *Arabica*, juin 1967, pp. 113-143 (spécialement 124-6).

A côté ou en application plus ou moins directe de ce principe, la vente ordinaire suscite maints problèmes, où intervient la considération de ce qui est *'ain*, de ce qui ne l'est pas, et de ce qui peut le devenir. Nous n'en signalerons que quelques-uns, des plus marquants, et pour commencer celui qui porte sur la vente d'un bien meuble corps certain, si celui-ci est absent, hors de la vue *('ain ġā'iba)*. Il n'y a point de difficulté à admettre que la chose de genre absente, mais correctement décrite, soit vendue. Mais pour le corps certain les divergences chez les juristes témoignent d'un embarras initial. A l'acceptation mālikite, subordonnée bien entendu à une description suffisante, s'oppose la résistance des šāfi'ites et des ḥanafites. Le šāfi'isme ancien, après une acceptation mitigée par le droit d'option, s'est rangé à l'avis contraire, celui de l'illicéité. Les ḥanafites ont exigé que l'objet pût être regardé comme chose de genre pour qu'il fût licite de le vendre hors de la vue (1).

Ce seront ensuite deux questions apparentées entre elles, à propos de quoi šāfi'ites et ḥanafites analysent, utilement pour nous, leurs points de vue respectifs : 1) Vendeur et acheteur d'une marchandise disposent-ils chacun de la prestation de l'autre pour une nouvelle opération avant même la prise de possession *(qabḍ)?* 2) L'obligation incombe-t-elle en priorité au vendeur ou à l'acheteur de fournir sa prestation dans la vente d'une marchandise individualisée ?

1) S'agissant de biens meubles, les deux écoles dénient à l'acheteur le droit de les revendre avant la prise de possession (2) ; mais *quid* de ce qui constitue le « prix » *(ṯaman)*, avant

(1) Al-Bājī, *Muntaqà*, éd. Caire 1331-32 h., t. V, pp. 24, 54 ; aš-Šāfi'ī, *Umm*, éd. Boulak 1321-26 h., t. III, pp. 33, 72-3, 75 ; aš-Šīrāzī, *Muhaḏḏab*, éd. Caire s. d., t. I, p. 263 ; as-Saraḫsī, *Mabsūṭ*, éd. Caire 1324-31 h., t. XIII, pp. 121-2.

(2) Le mālikisme ne déclare cette revente illicite que pour les comestibles ; p. ex. *Bidāya*, t. II, p. 143. — Sous un autre éclairage que la présente étude, signalons l'article de Ch. Chehata, *L'acte translatif de propriété en droit musulman hanafite*, dans *Travaux de la semaine internationale de droit musulman*, Paris 1953, pp. 36-42 ; et, du même auteur, l'ouvrage important, plus ancien, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, t. I : *Les sujets de l'obligation en droit hanéfite*, Paris 1936, où, principalement pp. 169-172, des remarques sont faites sur les notions de *'ain, dain* et *ḏimma*.

sa perception ? Les šāfi'ites ont été portés à distinguer suivant que ce prix est *'ain*, chose individualisée, ou ne l'est pas : dans le premier cas — qui n'est pas le plus fréquent dans la pratique — le prix est assimilé par eux à la " chose vendue " *(mabī')* et en suit la loi ; dans le deuxième cas, la solution qui tend à l'emporter est celle de la libre disposition *(taṣarruf)* avant même la prise de possession. Les ḥanafites refusent un pareil distinguo ; ils accordent la libre disposition du prix avant qu'il ait été perçu. Pour eux, d'ailleurs, le prix est normalement *dain;* et, à partir de là, al-Kāsānī, l'un de leurs porte-parole les plus autorisés, justifie leur doctrine comme suit : la prise de possession du *dain*, au pied de la lettre *(ḥaqīqatan)* ne se conçoit pas, le *dain* étant un " bien incorporel *(māl ḥukmī)* [reposant] sur la *ḏimma* " ; sa prise de possession est, en réalité, celle du *'ain* qui le concrétise. C'est pourquoi le *dain* ne saurait être visé par l'interdiction qu'un hadith énonce de disposer de ce qui n'a pas encore été pris en possession, mais qui est susceptible de l'être réellement (1). Subtilité sans doute, mais conception intéressante du *dain* avec insistance sur son caractère abstrait (2).

2) Ici aussi les šāfi'ites ont varié dans leur réponse, hésitant entre la simultanéité des deux prestations (soit d'office, soit à l'initiative de l'une des parties) et l'obligation incombant premièrement au vendeur si le prix de la vente est chose de genre non individualisée. Cette dernière solution a eu classiquement leur préférence ; pour la défendre de quel raisonnement usent-ils ? " C'est parce que, explique aš-Šīrāzī (XIe siècle), le droit de l'acheteur porte sur un *'ain*, celui du vendeur sur la *ḏimma;* or ce qui porte sur le *'ain* a priorité ; et comme [d'autre part] le vendeur a la libre disposition *(taṣarruf)* du prix *(ṯaman)* [reposant] sur la *ḏimma*, il doit être contraint de livrer la chose vendue afin que [de son côté] l'acheteur ait la libre disposition de celle-ci ". Que, par contre, le vendeur soit déchargé de cette priorité dans l'ordre des prestations

(1) *Umm*, t. III, p. 31, 60 ; *Bidāya, loc. cit.; Badā'i'*, t. V, p. 234.

(2) *Dain = māl ḥukmī fī ḏ-ḏimma* se rencontre ailleurs plus d'une fois sous la plume d'al-Kāsānī.

quand le prix de la vente est chose individualisée est justifié comme suit : " C'est parce que le prix individualisé est comme la chose vendue en ce que le droit de le percevoir porte sur un *'ain*, et qu'il est interdit d'en disposer librement avant d'en prendre livraison *(qabḍ)* » (1). Entendons que cette fois-ci a disparu le décalage entre les deux parties né de la différence initiale entre le *'ain* de la chose vendue et le *mā fī d̲-d̲imma* du prix de vente.

A ce système doctrinal les ḥanafites ont opposé le leur, que voici. L'acheteur d'une marchandise individualisée doit payer avant d'en prendre livraison. Pourquoi ? Pour que se réalise l'égalité *(musāwāt, taswiya)* désirable entre les contractants : en effet, s'il est vrai qu'un droit de propriété *(milk)* est acquis des deux côtés par le contrat même *(bi-l-'aqd)*, le droit de l'acheteur porte dès le contrat sur un bien individualisé, tandis que celui du vendeur ne porte que sur un prix *fī d̲-d̲imma*, lequel en tant que *dain* ne s'individualisera que par la prise de possession (2) ; or la propriété *fī l-'ain* est " plus complète " *(akmal)* que la propriété *fī d-dain;* l'acheteur, en effectuant le premier sa prestation, rétablira l'équilibre. C'est là, commente un grand ḥanafite du XIe siècle, as-Saraḫsī, un corollaire de la conception du *milk*, et non une conséquence directe du contrat (3).

Au nombre des problèmes classiques relatifs aux effets de la vente ordinaire figure l'attribution du risque ou " garantie " *(ḍamān) :* incombe-t-il, avant la prise de possession, au vendeur ou à l'acheteur ? Ḥanafites et šāfi'ites imputent au vendeur, jusqu'à la prise de possession par l'acheteur, le risque de toute chose vendue, individualisée ou non. Par contre, les mālikites distinguent : pour eux, si la chose vendue est *individualisée et présente* lors du contrat (ou un fongible vendu " en bloc ",

(1) *Muhad̲d̲ab*, t. I, pp. 262, 295.

(2) Il en serait de même d'une chose de genre achetée.

(3) *Mabsūṭ*, t. XII, pp. 165-6, t. XIII, p. 8, 192, 199 ; *Badā'i'*, t. V, *passim* (pp. 244, 249, il est précisé que c'est seulement dans le cas de *'ain bi-dain*, autrement les livraisons doivent être simultanées). — La solution mālikite est dans le même sens.

juzāfan), son *ḍamān* passe dès la conclusion du contrat à l'acheteur, et c'est seulement dans les autres hypothèses possibles qu'il reste à la charge du vendeur ([1]).

En liaison avec cette conception du risque, mais sans toujours découler d'elle automatiquement, des solutions multiples et détaillées, plus d'une fois divergentes, sont proposées dans les cas de vente nulle, de perte ou d'altération de la chose vendue, ou de découverte d'un vice grave *('aib)* l'affectant. Nous avons déjà signalé que lorsqu'il y a lieu de remplacer (au sens large) la chose vendue, une distinction fondamentale est à respecter : pour le fongible on devra fournir son semblable *(miṯl)*, et pour le non-fongible sa valeur *(qīma)*. Mais encore, s'agissant de déterminer cette valeur, faut-il énoncer certaines normes complémentaires — les traités de droit s'y efforcent — dont l'une notamment précisera, différemment suivant les écoles, à quel stade de l'opération juridique se rapportera l'évaluation.

La perte de la chose vendue qui est, dans des circonstances diverses, à l'origine de l'obligation de remplacer ne consiste pas toujours dans la disparition matérielle de la chose. Elle peut résider dans une altération ou modification assez forte pour être regardée comme une véritable dénaturation *(fawt, fawāt)*, correspondant à la " spécification " de notre vocabulaire usuel. Ce sera par exemple pour les fongibles une transformation qualitative *(taġayyur aṣ-ṣifa)* telle que de la farine au lieu de blé, et, pour les non-fongibles, un changement d'état impliquant qu'ils n'ont plus, qu'ils ne sont plus, ce *'ain* sur lequel on avait traité. Ce mode de disparition du *'ain* initial est, chez nombre d'auteurs, d'une application étendue. Ainsi le mālikisme ancien fait entrer en ligne de compte, pour les esclaves et les animaux, la croissance, le vieillissement, la variation de cours, et pour les esclaves l'affranchissement, la maternité, le tout avec des variantes suivant les cas ([2]).

(1) Notamment *Muntaqà*, t. IV, p. 251. Toutefois, dans la vente d'esclaves, le mālikisme impose au vendeur une garantie temporaire (ordinairement de trois jours) ; *ibid.*, p. 177.

(2) Saḥnūn, *Mudawwana*, éd. Caire 1323-24 h., t. IX, pp 145-7, t X, pp. 132-147 ; voir aussi *Muntaqà*, t. VI, p. 191.

L'acheteur d'une femme esclave qui a des rapports sexuels avec elle avant de s'apercevoir d'un vice rédhibitoire peut-il annuler la vente en restituant la femme au vendeur ? A la réponse affirmative des šāfi'ites estimant que, si la femme n'était pas vierge, il n'y a pas eu atteinte au *'ain* de la part de l'acheteur, les ḥanafites opposent une vue contraire : la jouissance d'une partie, assurent-ils, a détruit *(itlāf)* l'intégrité du *'ain*, et l'acheteur n'a plus droit qu'à une indemnité qui le dédommage du *'aib* (1).

* * *

La distinction entre corps certain et chose de genre non seulement commande bien souvent la solution d'un problème juridique, mais il lui arrive aussi d'être impliquée dans la nature même de l'opération en cause, au point de participer à la catégorisation du droit. Un exemple très remarquable nous est offert, dans le prolongement de la vente ordinaire, par le *salam*, qu'on peut appeler approximativement vente à livrer, où une prestation immédiate *(muslam, ra's al-māl)*, regardée comme le versement anticipé du prix, ou comme une avance *(salaf)* à titre de prêt, n'aura sa contreprestation *(muslam fīh)* qu'à une date fixée, ultérieure (2) : obligatoirement, chez les juristes, cette prestation seconde, décalée dans le temps, doit consister en un bien fongible, chose de genre, clairement définie en espèce et en quantité, à l'exclusion de tout corps certain. Une pareille limitation, enregistrée uniformément dans les différentes écoles, a voulu trouver sa justification islamique dans le souci constant d'éviter, outre le prêt à intérêt *(ribā)*, l'aléa *(ġarar)* dans les transactions : explication certes soute-

(1) Aš-Šaibānī, *Aṣl*, 1re partie, t. I, éd. Caire 1954, p. 179 ; *Badā'i'*, V, 283. — Position ḥanafite analogue sur le droit d'option relatif à l'achat d'une femme esclave : *Aṣl*, p. 124 ; *Mabsūṭ*, t. XIII, pp. 64, 96. Entre autres passages d'al-Kāsānī, *Badā'i'*, t. V, où il est fait état de la distinction entre corps certain et chose de genre dans la vente : p. 152 (ratification de l'achat opéré par un tiers), p. 234 (détermination de ce qui est " chose vendue " ou " prix "), p. 292 (" option de la vue "), 309 (résolution de gré à gré).

(2) Seul, le šāfi'isme admet que la contreprestation dans le *salam* soit sans délai, ce qui risque de modifier en une large mesure le sens même de l'institution.

nable sur le plan théorique, mais à coup sûr insuffisante historiquement. A examiner les exemples anciens qui nous sont proposés, et leurs séquelles dans le système classique, le *salam* apparaît comme ayant été essentiellement à l'origine une avance sur des biens à venir, récolte notamment : la dette était donc de genre nécessairement. S'il y a là survivance d'une pratique préislamique, le droit musulman l'aura entérinée à sa manière et adaptée à ses propres principes sans trop d'efforts.

Mais le problème ne prendrait-il pas une dimension nouvelle en s'intégrant dans une histoire comparée du droit ? Des savants ont cru pouvoir naguère relever dans des droits orientaux antiques la spécificité du contrat de vente portant sur des choses de genre à livrer, avec accent sur l'engagement de la personne du débiteur : préfiguration, dirions-nous, de notre *ḏimma*. En droit babylonien, " une distinction radicale était faite entre l'achat-vente de choses déterminées individuellement et de choses déterminées génériquement. Seule la première opération prenait l'allure d'un contrat portant sur un transfert réel, tandis que la deuxième intervenait sous les mêmes formes que celles employées pour la création d'une dette causale et abstraite (prêt, reconnaissance de dette) " (1). A date plus récente, d'éminents spécialistes ont repoussé cette thèse, du moins pour le droit babylonien, et affirmé qu'un concept unique y englobait toutes les ventes ; la vente à livrer d'une chose de genre n'y est pas, d'après eux, analysée comme un véritable prêt : " le prix payé d'avance ne saurait être considéré comme constituant un emprunt " (2). Nous n'avons pas compétence pour en décider ni prendre nettement parti ; mais notre sentiment est que le débat sur ce thème n'est pas clos. Sous ce qui

(1) San Nicolò, *Beiträge zur Rechtsgeschichte im Bereiche der keilschriftlichen Rechtsquellen*, Oslo. 1931, pp. 215-6 ; et Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhague 1946, pp. 292-6.

(2) G. Boyer, dans *Archives d'Histoire de Droit oriental*, t. II, 1953, pp. 67-8 ; et E. Szlechter, dans *Symbolae Taubenschlag*, Varsovie 1956, pp. 91-3, du même, *Tablettes juridiques de la* 1re *dynastie de Babylone*, 2e partie, Paris 1958, pp. 52-5. Les références de cette note-ci sont dues à ce dernier auteur, que je remercie très vivement.

est formellement une vente d'un certain type peut s'abriter ce que nous nommerions plus concrètement un prêt : le *salam-salaf* n'en serait, après ou parmi d'autres, qu'une illustration. Sur la spécificité d'une opération comme celle qui nous occupe, les quelques lignes ci-après, relatives à la Chine de l'antiquité et du haut moyen âge, donnent, semble-t-il, à réfléchir : " La vente à crédit... paraît être considérée comme une modalité particulière de la vente puisqu'elle est désignée par des termes spéciaux... Or elle ne paraît s'appliquer qu'aux choses de genre " (1).

Revenons à la " vente à livrer " en droit musulman, afin de préciser quelques points. Le *muslam* peut être en principe un corps certain ou une chose de genre ; cette dernière s'individualise d'ordinaire par la prise de possession qui doit être immédiate ou, dans la tolérance mālikite, retardée au plus de quelques jours. En contrepartie, le *muslam fīh*, nous l'avons souligné, sera uniquement chose de genre ; mais les ḥanafites en ont exclu expressément les monnaies (2) et les animaux. Ajoutons que des incompatibilités assez nombreuses entre les deux prestations résultent, diversement selon les docteurs, de la crainte de violer les interdits rattachés au *ribā*. La subtilité n'est pas absente des dispositions prises à cet égard. Voici un exemple où intervient la notion de non-*'ain:* les ḥanafites ont interdit de bonne heure (3) que le *muslam* et le *muslam fīh* fussent tous deux, dans la même opération, des biens pesés ; comment donc ont-ils pu déclarer licite qu'à un *muslam* en pièces de monnaie, habituellement pesées, correspondît en tant que *muslam fīh* un autre bien également pesé ? C'est en arguant, comme nous le lisons chez al-Kāsānī, de l'inaptitude principielle de la monnaie, suivant leur doctrine, à être individualisée par le contrat, inaptitude qui, assez paradoxalement, était aussi invoquée par eux pour écarter un *muslam fīh* monétaire (4) ; et

(1) J. Gernet, *La vente en Chine d'après les contrats de Touen-Houang,* Paris 1958, p. 312.

(2) Ce qui paraît bien viser ce que nous appelons la " vente à crédit ". La question demanderait à être reprise à l'aide de textes plus récents.

(3) *Aṣl,* p. 52.

(4) Brunschvig, dans *Arabica,* juin 1967, p. 127.

puis, ajoute cet auteur, le mode de pesage des monnaies ne diffère-t-il pas de celui de marchandises telles que le coton ou le fer (1) ?

Autre exemple de subtilité ḥanafite, concernant cette fois le *'ain* à éviter comme *muslam fīh:* as-Saraḫsī étudie le cas d'une vente à livrer portant sur deux vêtements spécifiés de même qualité que l'on paie d'avance en dirhems ; si l'on ne précise pas la part du prix correspondant à chacun d'eux, l'analogie *(qiyās)* voudrait que l'opération fût illicite, et c'est bien ainsi que la juge aš-Šāfi'ī (2) ; car les vêtements ne sont pas normalement des fongibles et la répartition du prix entre chacun des deux devant alors tenir compte de leur valeur respective dénoncerait leur caractère *'ain*. Cependant, la solution de licéité est jugée équitable *(istiḥsān)* par le docteur ḥanafite, argument pris de ce que les deux vêtements spécifiés de même qualité ne diffèrent pas comme biens *(fī l-māliyya)* tout le temps qu'ils demeurent à la charge du débiteur, chacun représentant incontestablement alors la moitié du prix. Al-Kāsānī, un peu plus tard, confirmera qu'à cause des besoins économiques les vêtements ou autres biens "décrits" peuvent être l'objet d'une vente à livrer, non comme *'ain*, mais bien comme *dain fī ḏ-ḏimma* (3).

La préoccupation fondamentale de disqualifier comme contre-prestation dans le *salam* tout corps certain était si forte qu'elle a conduit les diverses écoles à déclarer illicite la vente à livrer de la laine de *tel* troupeau, des petits de *tels* animaux, de la récolte de *telle* terre ou de *tel* jardin. La raison invoquée est, d'une part, le risque d'inexistence, à l'échéance convenue, des objets de vente ainsi précisés ; et as-Saraḫsī a, d'autre part, la formule qui fait adage : « L'individualisation du substrat *(maḥall)* du *muslam fīh* est comme (serait) celle du *muslam fīh* » (4).

(1) *Badā'i'*, t. V, p. 186.
(2) *Umm*, t. III, p. 89.
(3) *Mabsūṭ*, t. XII, pp. 149-150 ; *Badā'i'*, t. V, p. 234.
(4) *Aṣl*, p. 48 ; *Mabsūṭ*, t. XII, p. 174 ; *Umm*, t. III, p. 75 ; *Mudawwana*, t. IX, pp. 5-10.

La prise de possession, nous l'avons mentionné ci-dessus, est indispensable pour un transfert total de la propriété à l'acheteur de biens fongibles : jusque-là il ne détient à leur sujet qu'une créance sur le vendeur. Le *muslam fīh* n'échappe pas à cette règle : le contrat par lui-même ne peut en faire qu'un *dain fī ḏ-ḏimma*, en attendant que la chose soit livrée. Mais il est bon de relever la façon dont as-Saraḫsī comprend l'effet de la prise de possession sur la nature juridique de l'objet de la vente à livrer : ce dernier devient alors, nous dit-il, le *'ain* de ce sur quoi porte le contrat, non point certes au sens propre et concret *(fī l-ḥaqīqa)*, mais par une sorte de fiction, comme si au moment de la prise de possession les deux contractants « renouvelaient *(jaddadā)* » le contrat sur la chose ainsi livrée. Et as-Saraḫsī d'énoncer en adage : « La prise de possession en matière de *salam* a l'effet juridique d'un contrat neuf ». Voilà qui préfigure, au moins pour une bonne part, la position d'al-Kāsānī, déjà relevée ci-dessus, sur la prise de possession du *dain*. Ajoutons que ces deux maîtres ḥanafites interdisent de disposer du *muslam fīh* avant sa prise de possession : il est *dain* assurément, mais, contrairement au prix de la vente ordinaire, il est « chose vendue » [1].

*
* *

Très proche du *salam* est, en droit musulman, le *qarḍ*, prêt de consommation, *mutuum*. Il s'en distingue en ce que les deux prestations s'exercent ici exclusivement sur des biens de même espèce, et par le caractère de pure libéralité ou de bienfaisance qui s'y affirme formellement. Il semble donc que par définition ce soit une dette de genre que le *qarḍ* crée et constitue. Cela est vrai en pratique, mais d'une façon moins absolue dans la théorie. Un différend s'est en effet élevé entre les docteurs pour savoir si, en cas de conservation de la chose prêtée, le prêteur est en droit d'en exiger la restitution à l'exclusion d'un équivalent de même nature. Pour les partisans

(1) *Aṣl*, pp. 34-5, 45 ; *Mabsūṭ*, t. XII, pp. 150, 163, 167, 174 ; *Badā'i'*, t. V, p. 234. — Sur le corps certain ou la chose de genre dans la résiliation de gré à gré du *salam*, voir p. ex. *Mudawwana*, t. IX, p. 72, *Badā'i'*, t. V, pp. 309-310.

de l'affirmative — aš-Šāfi'ī et d'après une tradition le grand ḥanafite ancien Abū Yūsuf —, c'est alors la chose prêtée elle-même — son *'ain* — qui demeure expressément due, et non son *miṯl*. Telle n'est point assurément l'opinion dominante ; mais même Abū Ḥanīfa, qui n'exige, en tout état de cause, que la restitution d'un équivalent, estime que, malgré l'appropriation immédiate du prêt par l'emprunteur auquel il incombe de restituer un *miṯl*, il y a lieu, pour rendre l'opération licite en dépit de l'intervalle de temps, d'assimiler par " fiction juridique " *(taqdīr)* la chose remise en échange *(badal)* au *'ain* de la chose empruntée (1).

En face du prêt de consommation, qui se présente comme étant en principe générateur d'une dette de genre, le prêt gratuit à usage ou commodat, *'āriya*, autre forme de libéralité, porte indubitablement sur un corps certain, à restituer tel quel. Si la chose a péri en dehors de son emploi normal, les solutions accusent des divergences, qui oscillent entre l'exonération de l'emprunteur lorsqu'il n'y a pas eu faute de sa part (ḥanafisme), conformément aux normes du « dépôt », et sa responsabilité *(ḍamān)* en tout état de cause, entraînant réparation (šāfi'isme) ; une position intermédiaire, avec référence aux règles du « gage », fait état, non seulement du cas fortuit ou de la faute, mais aussi d'une distinction sur la nature de la chose empruntée (mālikisme) (2). La discussion porte le plus souvent sur l'interprétation d'un adage cité comme hadith : *al-'āriya mu'addā(t) :* « le prêt à usage doit être restitué », avec sa variante *al-'āriya maḍmūna :* « le prêt à usage est garanti » ; et cela en liaison avec Coran IV, 58 qui ordonne la « restitution des choses confiées » *(an tu'addū l-amānāt)*. Toutefois, ce qui requiert ici notre attention est moins telle ou telle solution adoptée que l'argument mis en avant pour justifier rationellement la thèse šāfi'ite de la responsabilité incombant en tout état de cause à l'emprunteur : « Le *'ain* est un nom désignant

(1) Principalement *Muhaḏḏab*, t. I, p. 303-4 ; *Badā'i'*, t. VII, p. 396 ; Ibn Qudāma (ḥanbalite, XIIe-XIIIe siècles), *Muġnī*, éd. Caire 1367 h., t. IV, pp. 314-6.

(2) Afin de ne pas surcharger la présente étude, les institutions juridiques du " dépôt " *(wadī'a)* et du " gage " *(rahn)* n'y seront pas examinées.

la « forme » *(ṣūra)* et le « sens » *(ma'nà)*: si par la perte de l'objet l'emprunteur devient incapable de restituer la *ṣūra*, il n'est pas incapable de rendre le *ma'nà*, car la valeur *(qīma)* ou prix de la chose, c'est son *ma'nà* » ([1]).

Cette analyse d'une chose déterminée comme composée d'une « forme » qui est son apparence concrète et d'un « sens » qui est sa valeur, n'est pas, en elle-même, récusée par le ḥanafisme ; il en use à sa manière, notamment dans un cas voisin : celui de la *possessio mala fide*, « usurpation » *(ġaṣb)*. La chose « usurpée » *(maġṣūb)* doit évidemment être rendue si elle subsiste telle quelle dans les mains de l'usurpateur. Si elle a péri, la responsabilité de l'usurpateur lui impose réparation, mais ici intervient nécessairement la distinction entre fongibles et non-fongibles : les premiers seuls, évidemment, se prêtent au remplacement par un « équivalent parfait » *(miṯl kāmil)*, celui qui porte, comme l'exprime le ḥanafite as-Saraḫsī, sur la *ṣūra* et le *ma'nà* conjointement ; c'est la non-fongibilité seule qui fait recourir à l'indemnisation par le paiement de la valeur *(qīma)*, « équivalent imparfait » *(miṯl qāṣir)*. *Quid*, si la chose subsiste, mais altérée ? La solution demeure la même pour le ḥanafisme, qui enseigne que la propriété est alors passée aux mains de l'usurpateur. Dans la conception šāfi'ite au contraire (peut-être plus archaïsante), tant que la chose usurpée subsiste, son *'ain* demeure et elle reste la propriété du spolié qui, à ce titre, ne peut que la récupérer, sauf droit à indemnisation si l'usurpateur lui a, d'une manière ou de l'autre, ôté sensiblement de sa valeur. Le mālikisme offre, ici encore, des solutions intermédiaires assez nuancées, avec des possibilités d'option ([2]).

*
* *

(1) *Mudawwana*, t. XV, pp. 163-4 ; *Umm*, t. III, pp. 217-8 ; *Muhaḏḏab*, t. I, p. 363 ; *Mabsūṭ*, t. XI, pp. 133-7 ; *Badā'i'*, t. VI, p. 217 ; *Muġnī*, t. V, pp. 203-4.

(2) *Mudawwana*, t. XIV, pp. 48-77 (voir aussi IX, 73 ; et A. d'Emilia, dans *Rivista degli Studi Orientali*, t. XXVIII, 1953, pp. 79-98) ; *Umm*, t. III, pp. 218-229 ; *Muhaḏḏab*, t. I, p. 367 ; *Mabsūṭ*, t. XI, pp. 50-2 ; *Badā'i'*, t. VII, p. 148 (où sont évoqués aussi *ṣūra* et *ma'nà*).

Venons-en maintenant à ce contrat bilatéral multiforme qu'est l'*ijāra*, location de chose ou d'ouvrage, dont la réglementation fait une large place aux notions contraires de *'ain* et de *fī ḏ-ḏimma*. Cette opposition est même fréquemment considérée comme essentielle (1). Quant à la distinction entre location de chose et location d'ouvrage, le ḥanafisme tient à préciser qu'il s'agit, de toute manière, de la « vente d'utilités » *(manfa'a*, pl. *manāfi')* — évidemment de la chose louée, individualisée ou non, ou de l'être humain, libre ou esclave, dont les services sont loués, et il reproche au šāfi'isme une certaine assimilation juridique de la *manfa'a* au *'ain*, entraînant une conception divergente sur le mode de réalisation du contrat et sur la modalité temporelle d'exigibilité du prix de la location (2). Mais ne nous laissons pas détourner du sujet propre de la présente étude. Examinons plutôt deux applications classiques de l'opposition « obligation sur corps certain — obligation de genre » dans l'*ijāra*.

La première se rapporte à la location *(kirā')* d'un animal pour le transport de personnes ou de biens. Si l'animal est individuellement désigné, sa perte, d'un commun accord, met fin au contrat : la destruction de l'objet *'ain* ou *mu'ayyan* de l'*ijāra* rend l'exécution impossible. Il en va tout différemment si la chose louée n'est que de genre, par exemple un animal de telle espèce, mais non tel animal particulier : la location, comme la bête, est dite alors techniquement « garantie » *(maḍmūn)*, et en cas de perte le « moucre » (de l'arabe *mukrī* ou *mukārī*) devra fournir un autre animal en remplacement jusqu'au terme du déplacement convenu. En cas d'incapacité ou de défaut grave de l'animal loué, les solutions varient aussi selon qu'on a affaire à l'un ou à l'autre de ces deux types de contrat. Leur hétérogénéité est si fortement ressentie que le passage de l'un à l'autre ou leur combinaison ont pu poser des problèmes de licéité. C'est ainsi que Mālik désapprouve, quand

(1) Notamment *Bidāya*, t. II, p. 225.

(2) *Umm*, t. III, p. 251 ; *Muhaḏḏab*, t. I, p. 395 ; *Mabsūṭ*, t. XV, pp. 108-9, t. XVI, p. 2 ; *Badā'i'*, t. IV, pp. 174-5. Voir aussi cadi 'Abdalwahhāb (mālikite, XIe siècle), *Išrāf*, éd. Tunis, s. d., t. II, p. 67.

on loue pour La Mecque une monture individuellement désignée *(bi-'ainihā)*, la clause imposant au propriétaire de la remplacer si elle meurt : l'individualisation expresse de la chose louée est incompatible avec la « location *maḍmūn* », laquelle s'attache à la *ḏimma* du loueur. Nous disons : individualisation *expresse*, et non seulement de fait ; car Mālik a bien précisé, nous assure-t-on, que cette condition formelle est indispensable pour dégager le loueur en cas de mort de l'animal loué (1).

La deuxième application a trait au louage de services, à propos duquel on s'est demandé : si l'objet individualisé sur lequel le travailleur doit exercer son activité en vertu des termes du contrat vient à disparaître, ce contrat prend-il fin, ou continue-t-il à lier les parties — l'employeur étant libre de fournir au salarié un autre objet de travail génériquement semblable au premier ? Par exemple, au berger qui devait faire paître *ces* moutons-*ci*, ou au tailleur qui devait coudre *cette* chemise-*ci?* Là encore le mālikisme est instructif : l'école a hésité entre les deux solutions, dont la première s'en tient expressément à la notion stricte du *'ain* pour lequel a été conclu le contrat, tandis que l'autre la minimise dans l'hypothèse présente en ne lui accordant qu'une valeur indicative, argument pris notamment de ce que l'*ijāra*, qui est par principe contraignante *(lāzim)* pour les deux parties, ne le serait plus véritablement pour l'employeur si le service ne s'exerçait que sur du *mu'ayyan*, puisque celui-ci peut être à tout moment vendu par l'employeur à un tiers. Le mālikite al-Bājī (XIe siècle), qui nous renseigne sur ce débat et quelques autres avoisinants, nous présente, pour clarifier la matière, un classement en trois catégories (2), suivant que l'objet du louage de services ne mérite pas de par sa nature (3), ou mérite pleinement (4), ou ne mérite qu'à la rigueur et aux yeux de certains (5) d'être

(1) *Mudawwana*, t. XI, p. 105 ; *Muntaqà*, t. V, pp. 114-6.

(2) *Muntaqà*, t. V, pp. 116-7, 266. Voir également *Bidāya*, t. II, pp. 227-8.

(3) Une charge *(ḥiml)* à transporter. Le mālikisme n'accepte même sa détermination générique que si on voulait la remplacer par une plus pénible pour le transporteur.

(4) Cas du malade pour le médecin, du nourrisson pour la nourrice, ou de l'élève pour le professeur.

(5) Contrats agricoles et pastoraux.

mu'ayyan par le contrat, c'est-à-dire non-remplaçable en cas de disparition par un *miṯl*. On relèvera au surplus que, par contraste avec sa désapprobation de la clause introduisant une obligation de genre dans la location d'un animal de transport individualisé, Mālik lui-même accepte sans ambages que le contrat pastoral portant sur tels moutons *bi-'ainihā* soit assorti d'une condition de remplacement des bêtes si elles viennent à périr (1). Ainsi la tendance mālikite paraît, au total, d'une moins grande rigueur de distinction entre le *mu'ayyan* et le *miṯl* pour l'objet de la location d'ouvrage que pour la chose louée (2).

Faut-il dire quelques mots de ce qui est, non point proprement location d'ouvrage, mais « commande artisanale » (*istiṣnā'*, au sens étroit de ce terme), la matière première étant fournie par l'artisan ? Dans ce secteur, il semble que nos ḥanafites plus haut cités vaillent de nouveau d'être mis à contribution. As-Saraḫsī définit l'opération comme « vente d'un *'ain* avec clause d'un travail à y effectuer [par le vendeur] ». Pour al-Kāsānī, le contrat lui-même ne porte pas sur le *'ain* de la matière à ouvrager, mais sur son *miṯl fī ḏ-ḏimma*. Il repousse, il est vrai, la définition adoptée par certains, qui énonce sans plus que c'est un « contrat sur chose vendue *fī ḏ-ḏimma* », car cela pourrait faire confusion avec le *salam;* il faut donc ajouter que sur la chose ainsi vendue *fī ḏ-ḏimma* il y a un travail à effectuer [par le vendeur]. Et si al-Kāsānī, un peu plus loin, constate qu'en fin de compte (à la livraison) c'est le *'ain* de la matière ouvragée que le client acquiert par l'*istiṣnā'*, il précise, en une formule condensée, qui de prime abord pourrait surprendre, qu'il s'agit d'un « *'ain* vendu *fī ḏ-ḏimma*.» (3).

*
* *

Dans un tout autre domaine du droit, l'obligation religieuse du versement de la dîme *(zakāt)* a suscité le problème que

(1) *Mudawwana*, t. XI, pp. 79-80.

(2) Autre problème que nous laissons ici de côté : le salaire *(ajr)* est ou bien *bi-'ainih* ou bien *bi-ġair 'ainih* (p. ex. *Badā'i'*, t. IV, p. 193), d'où des effets juridiques différents.

(3) *Mabsūṭ*, t. XV, pp. 84-5 ; *Badā'i'*, t. V, pp. 2-3. Pritsch et Spies ont traduit en allemand et commenté ces pages d'al-Kāsānī, dans *Zeitschrift f. vergl. Rechtswissenschaft*, t. LVI, année 1953, pp. 47-75, mais sans allusion nette au problème du *'ain* et de la *ḏimma*.

voici : affecte-t-elle *(tata'allaq^u bi -, tajib^u fī...)* le *'ain* des matières imposées, ou la *ḏimma* [de leur propriétaire] ? Mālikites et ḥanafites ont adopté la première solution, à laquelle aš-Šāfi'ī après un avis contraire s'est rallié ; dans les écoles minoritaires (ḥanbalisme, ẓāhirisme) des tenants de la deuxième thèse ont subsisté. Comment faut-il comprendre ce débat et les notions qu'il recouvre ? Les partisans du rattachement au *'ain* ne peuvent entendre par là que l'impôt soit nécessairement prélevé sur la matière imposée elle-même, puisque la règle générale est de remettre au fisc un ovin pour un capital de cinq chameaux, et que les ḥanafites par exemple admettent d'emblée l'acquittement de la dîme autrement qu'en nature, par sa valeur. Manifestement ici, et l'étude de la casuistique — notamment sur l'effet du *ḥaul* ou délai fiscal annuel — le confirmerait, l'alternative *ḏimma-'ain* ne met pas en balance « chose de genre » et « corps certain », mais elle oppose — encore que *ḏimma* ne se confonde pas pour tous les auteurs ni à tous les stades avec *dain* — une obligation en une certaine mesure subjective, personnelle et abstraite à une obligation plus objective, liée davantage à la présence immédiate et à la constatation du réel concret (1).

Il peut sembler ainsi que nous nous soyons éloignés de notre thème (2). Mais sans doute au contraire la terminologie que nous venons de rencontrer est-elle éclairante : c'est bien, au fond, dans ce contraste senti entre l'objet actuellement présent et le sujet qui dure, que se situe originellement l'appréhension du groupe oppositionnel « corps certain — chose de genre » dans la pensée juridique de l'Islam.

Robert BRUNSCHVIG
(Paris).

(1) Ibn Sallām (IXe siècle), *Amwāl*, éd. Caire 1353 h., p. 372-4 ; *Išrāf*, t. I, p. 164 ; *Muntaqà*, t. II, p. 116 ; *Mabsūṭ*, t. II, p. 156-7 ; *Muġnī*, t. II, pp. 683-4, t. III, p. 45 ; Ibn Ḥazm (ẓāhirite, XIe siècle), *Iḥkām*, éd. Caire, 1345-47 h., t. III, pp. 62-4 (résolument pour la solution *ḏimma*). La question est traitée en détail par le ḥanbalite Ibn Rajab (XIVe siècle), *Qawā'id*, éd. Caire 1933, pp. 370-4.

(2) Signalons comme une curiosité la théorie prégnante du mālikite al-Qarāfī (XIIIe siècle), *Furūq*, éd. Caire 1344-46 h., t. II, pp. 133-6, qui va jusqu'à appliquer à la prière rituelle *(ṣalāt)* l'opposition *mu'ayyan-ḏimma*, suivant qu'elle est faite en son temps légal (en *adā'*) ou après ce temps (en *qaḍā'*). Le commentateur Ibn aš-Šāṭṭ (vers 1300), *ibid.*, repousse comme abusive cette extension du *mu'ayyan* à ce qui est *acte* et non *objet*. Du même Qarāfī, *op. cit.*, t. III, pp. 255-9, un chapitre sur la distinction entre *muta'ayyan* et *ġair muta'ayyan* en divers contrats.